Temas para una nueva Constitución

Estándares internacionales en materia de derechos humanos

> *Artículo 5°. Las manifestaciones principales del ejercicio del* ***poder político*** *en Chile son el plebiscito y las elecciones periódicas por parte del pueblo, en conformidad con la Constitución y las leyes. El poder político* ***procede de Dios*** *y es parte integrante del* ***orden creado*** *por Él. Este orden es percibido por las conciencias y se realiza, en la vida social, mediante* ***la verdad, la justicia, la libertad y la solidaridad que procuran la paz****. Por lo tanto, el poder debe ordenarse al* ***bien común*** *y tener como* ***límites los derechos naturales de la persona humana****, reconocidos por esta* ***Constitución*** *y por los* ***tratados internacionales*** *ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.*
>
> **Art. 5°, inc. 1°,**
> **Propuesta de Constitución de Comunidad y Justicia**

- **El poder político y sus límites:** Frente a las visiones modernas amparadas en el contractualismo político individualista, el liberalismo y la idea de soberanía del pueblo, el catolicismo social siempre ha asumido que la dimensión política de lo humano es natural, y que por ende el poder político debe enmarcarse dentro de los fines propios de la persona humana en sociedad, es decir, dentro de un orden natural que define la función del poder y lo limita. Es relevante que la Constitución reconozca esto, como algo anterior a ella misma. Por otra parte, el poder se ordena al bien común, que es el bien integral de la persona humana, en cuanto miembro de una comunidad. Una sociedad armónica vive según la verdad del hombre como animal político, se rige por el orden de la justicia, permite el florecimiento libre de la persona y su despliegue solidario. Tales aspectos configuran un orden que, acompañado de tranquilidad social, constituye la paz de la comunidad.

> *El mensaje bíblico inspira incesantemente el pensamiento cristiano sobre el* ***poder político, recordando que éste procede de Dios*** *y es parte integrante del* ***orden creado*** *por Él. Este orden es percibido por las conciencias y se realiza, en la vida social, mediante* ***la verdad, la justicia, la libertad y la solidaridad que procuran la paz*** *(Cfr. Juan XXIII,* Pacem in terris*, 266-267, 281-291, 301-302; Juan Pablo II,* Sollicitudo rei socialis*, 39).*
>
> **Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, 383**

- **Los derechos naturales de la persona humana:** Los derechos humanos son un límite al ejercicio del poder, son algo previo a cualquier ley o tratado internacional, existen aunque nadie los reconozca: son **derechos naturales**. No son *creados* u *otorgados* por los tratados internacionales, sino *reconocidos* por ellos. Tales derechos, por ende, no sólo no se agotan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que son **previos** a todo tratado y a la Constitución misma (por eso **los particulares sí pueden violar derechos humanos**, aunque no sean responsables de eso ante el Derecho

Internacional). Se trata de derechos que cada individuo de la especie humana tiene sólo por el hecho de existir, de *ser* humano, y no por su raza, condición económica o sexo. Los mismos tratados internacionales, como nuestra Constitución, ***reconocen positivamente*** el carácter natural de los derechos humanos. Así, el preámbulo de la declaración universal comienza con esta consideración, de corte absolutamente iusnaturalista:

> *Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el* ***reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana****;*
>
> *Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;*
>
> *Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión (…).*
>
> **Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo**
>
> *Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el* ***reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables****,*
>
> *Reconociendo que* ***estos derechos se derivan de la dignidad inherente*** *a la persona humana (…).*
>
> **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo**
>
> *Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los* ***derechos esenciales del hombre****;*
>
> *Reconociendo que los derechos esenciales del hombre* ***no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana****, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.*
>
> **Convención Americana de Derechos Humanos, Preámbulo**

- **La ambigüedad del concepto de estándares internacionales:** Ante todo, es necesario decir que los "estándares internacionales" son un concepto amplio e impreciso, cuyo contenido normativo no es uniforme y que muchas veces no se refiere a obligaciones internacionales para los Estados. Los conceptos clave en este debate, en consecuencia, son los de **vinculante** y **obligación internacional**. Las recomendaciones y opiniones de comités de derechos humanos, que no son vinculantes, son la piedra angular sobre la cual se construyen teorías en favor de una agenda ideológica abiertamente progresista. Sin embargo, sin ser vinculantes,

conforman lo que se conoce como ***soft law*** y muchas veces se trata de *hacerlo coincidir* de modo forzado con la literalidad de los tratados, lo que genera no pocos problemas de interpretación. El derecho internacional se trata de presentar por ciertos sectores, cada vez con más frecuencia, como un *corpus* de doctrina unitario y cohesionado, a pesar de que no todo su contenido sea realmente obligatorio para los Estados[1] (y peor aún: muchas veces algunas recomendaciones no vinculantes contradicen abiertamente el sentido original de tex

- jtos que sí son vinculantes). El nombre de *soft law* designa el carácter meramente *auxiliar* de la doctrina, de recomendaciones y aun de la jurisprudencia de tribunales internacionales[2]. Así, los comités no dictan derecho ni interpretan auténticamente los pactos, sino que sólo dan recomendaciones u opiniones, que no son vinculantes para los Estados[3].

  Al menos en los últimos años, es un hecho que muchos comités han abusado de su posición para tergiversar el sentido original de los tratados y apoyar agendas político-ideológicas, en muchos casos llegando a salirse de la esfera de su competencia[4]. Por ejemplo, el año 2019 el Comité de Derechos Humanos pasó por encima de muchos Estados, académicos y organizaciones de la sociedad civil, que se oponían al aborto: el Comité simplemente no los tomó en consideración y redactó a su conveniencia la observación general N°36[5]. Otro ejemplo que expone este hecho tuvo lugar en la Sesión 114 del Comité de Derechos Humanos: la delegación de Canadá se opuso a las interpretaciones del Comité sobre el Pacto, a lo que el Presidente del Comité, Fabian Salvioli, dijo que la última palabra para interpretar el Pacto la tenía el

[1] Sobre este punto, vid. Benavides, «Las fuentes del derecho internacional –las recomendaciones. El rol del soft law», y Martin et al., *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, 7.
[2] Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
[3] En el mismo sentido Benavides, «Las fuentes del derecho internacional –las recomendaciones. El rol del soft law». Es importante destacar esto, porque, al menos en los últimos años, es un hecho que muchos comités han abusado de su posición para tergiversar el sentido original de los tratados y apoyar agendas político-ideológicas, en muchos casos llegando a salirse de la esfera de su competencia. Por ejemplo, el año 2019 el Comité de Derechos Humanos pasó por encima de muchos Estados, académicos y organizaciones de la sociedad civil, que se oponían al aborto: el Comité simplemente no los tomó en consideración y redactó a su conveniencia la observación general N°36. Otro ejemplo que expone este hecho tuvo lugar en la Sesión 114 del Comité de Derechos Humanos: la delegación de Canadá se opuso a las interpretaciones del Comité sobre el Pacto, a lo que el Presidente del Comité, Fabian Salvioli, dijo que la última palabra para interpretar el Pacto la tenía el Comité, y no los Estados-parte. Diversos Estados han hecho presente que los comités de derechos humanos reiteradamente realizan actos ultra vires (i.e. fuera del mandato que les había sido originalmente conferido). Eso explica que, con 85 votos a favor, 0 votos en contra y 66 abstenciones, se haya adoptado la resolución 66/254 (2012) para regular los Comités. Algunos Estados se han quejado en diversos puntos del actuar de los comités; por ejemplo, el año 2008 el Ministerio de Justicia del Reino Unido hizo presentes ciertas observaciones acerca del Comité CEDAW: 1) los razonamientos del Comité eran absolutamente imprevisibles para el Estado; 2) la ratificación del Protocolo Facultativo no había tenido impacto en la formulación de políticas públicas que se traduzcan en una mejora efectiva de los derechos de las mujeres; y 3) el uso del Protocolo por parte de organizaciones no gubernamentales había sido más limitado de lo que en un principio se esperaba y apenas se había utilizado el derecho de denuncia.
[4] Cfr. Henríquez, «La política y politización de los derechos humanos», 2.
[5] Cfr. Constantino, «Exposición sobre ratificación de Protocolo Facultativo CEDAW - Comisión de Mujer y Equidad de Género, Senado», 3-4.

Comité, y no los Estados-parte[6]. Diversos Estados han hecho presente que los comités de derechos humanos reiteradamente realizan actos *ultra vires* (*i.e.* fuera del mandato que les había sido originalmente conferido). Eso explica que, con 85 votos a favor, 0 votos en contra y 66 abstenciones, se haya adoptado la resolución 66/254 (2012) para regular los Comités[7].

Algunos Estados se han quejado en diversos puntos del actuar de los comités; por ejemplo, el año 2008 el Ministerio de Justicia del Reino Unido hizo presentes ciertas observaciones acerca del Comité CEDAW: 1) los razonamientos del Comité eran absolutamente imprevisibles para el Estado; 2) la ratificación del Protocolo Facultativo no había tenido impacto en la formulación de políticas públicas que se traduzcan en una mejora efectiva de los derechos de las mujeres; y 3) el uso del Protocolo por parte de organizaciones no gubernamentales había sido más limitado de lo que en un principio se esperaba y apenas se había utilizado el derecho de denuncia[8].

- **Instrumentalización política de los derechos humanos:** En general, quienes usan el argumento de los "estándares internacionales" como un en favor de la legalización del "matrimonio" homosexual apenas citan los tratados: a partir de frases muy generales de las convenciones (en el mejor de los casos, usan convenciones que no han sido ratificadas por Chile) construyen, usando recomendaciones de comités, un argumento a favor suyo[9]. Esto quiere decir que muchas veces se usa el sistema de los derechos humanos como una herramienta política a favor de la agenda progresista. Eso no es Derecho y no es a lo que los Estados se obligaron, sino presión política teñida de lenguaje jurídico[10]. Por lo demás, ni siquiera se trata de una visión uniforme dentro del sistema internacional de los derechos humanos: la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha rechazado expresamente que exista una obligación de los Estados de legislar sobre el llamado "matrimonio homosexual", pues sería una decisión política sobre la cual cada Estado sería soberano, no pudiendo el derecho internacional tener injerencia interna al respecto[11]. Aunque dicha Corte no tenga jurisdicción sobre Chile, donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

- Si vamos a los tratados, en su literalidad, veremos que no existe ningún tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente —ni instrumento vinculante alguno— que obligue a Chile a aprobar el matrimonio homosexual. Es más,

[6] Cfr. Constantino, 4.
[7] Cfr. Constantino, 4.
[8] Cfr. Murdoch, «The Optional Protocol to the United Nations Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW): The Experience of the United Kingdom»; al respecto, vid. Constantino, «Exposición sobre ratificación de Protocolo Facultativo CEDAW - Comisión de Mujer y Equidad de Género, Senado», 2.
[9] Resulta casi ocioso mencionar ejemplos, pues se trata de un argumento muy recurrente en la agenda progresista en general. Baste con mencionar dos ejemplos concretos respecto del caso del aborto: Piquer Romo, «La épica de una oportunidad mínima»; Zuñiga Fajuri, «Derechos reproductivos: son derechos humanos».
[10] Vid. Henríquez, «La política y politización de los derechos humanos», passim.
[11] Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Schalk y Kopf v. Austria, 2010

los textos de los tratados[12] y la Declaración Universal de Derechos Humanos[13] aluden al matrimonio y se refieren a él como un derecho "del hombre y la mujer" o de "los hombres y las mujeres". Alguien podría decir que esto último no excluye el matrimonio homosexual, pero esa sería una interpretación forzada de los textos, que se refieren a "hombre" y "mujer" por separado, y no a "personas", "individuos", "todos", etc., como ocurre en otros derechos. Sobre este punto, recientemente el Tribunal Constitucional ha interpretado el contenido del artículo 17 de la Convención Americana señalando que este coincide "con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección, cuya base fundamental es el matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer"[14].

[12] Por ejemplo, los artículos 17.2 de la Convención Americana y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
[13] Art. 16.1, Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta declaración no es, en realidad, un instrumento vinculante por sí mismo, pero constituye una suerte de documento fundante del sistema internacional de los derechos humanos, por lo que tiene una importancia indiscutida, más allá de carecer de obligatoriedad jurídica.
[14] STC, Rol N°7774-2019, considerando 11.